XI.

Einige Bemerkungen über die Befugniß des Producenten, andere Beweismittel an die Stelle verlorengegangener zu setzen.

Vom

Herrn Oberappellationsrathe Dr. Spangenberg in Celle.

Die Frage: inwiefern es dem Beweisführer verstattet sey, an die Stelle verlorener Beweismittel andere zu setzen? ist durch allgemeine Gesetze gar nicht, von den Proceßrechtslehrern aber nur einigermaaßen berührt. Letztere beschränken diese Frage und deren Entscheidung nur auf den Zeugen-, höchstens auf den Urkundenbeweis, und sind vorzüglich darüber nicht Einer Meinung gewesen: ob der Beweisführer die Stelle Eines verlorenen Zeugen oder Einer Urkunde, nur durch Einen später benannten Zeugen, oder Eine später zum Vorschein gebrachte Urkunde, oder die Stelle Eines verlorenen Zeugen oder Einer Urkunde, durch zwei oder mehrere Zeugen oder Urkunden ersetzen dürfe? Die neuere Praxis richtet sich, gewiß mit Recht, nach der Ansicht derjenigen Rechtslehrer [1]), welche behaupten, daß an die Stelle

---

1) S. vorzüglich Gönner Handbuch des deutschen gemeinen Processes. Thl. II. Nro. XXXIX. §. 7. — Die neueren Rechtslehrer stimmen darin ohne Ausnahme überein; von den ältern war schon *Leyser* sp. 259. med. 4. und Knorr Anleitung zum gerichtl. Proceß. Hauptst. 11. §. 13. dieser Meinung. Auch ist sie schon frühzeitig in die Hannoversche Oberappellations-

verlorener Zeugen, andere, ohne an die vorige Zahl gebunden zu seyn, benennt werden können, weil es gar oft möglich ist, daß kaum zwei oder drei andere Zeugen so genaue Kenntniß von der Streitsache haben, als der verlorene Zeuge hatte, oder, daß man nach dem Verluste eines zum directen Beweise geeigneten Zeugen, zu einem indirecten Beweise seine Zuflucht nehmen muß. Eben deßhalb können nach jener Praxis auch neue Artikel 2) übergeben werden, weil diese nach der Wissenschaft jedes Zeugen vom Streitgegenstande eingerichtet seyn müssen.

Daß dieselben Grundsätze auch dann ihre Anwendung erleiden müssen, wenn an die Stelle Einer verlorenen Urkunde, andere Urkunden gesetzt werden sollen, mithin die Letztern gleichfalls, ohne an die vorige Zahl gebunden zu seyn, vorgebracht werden können, kann keinem Zweifel unterworfen seyn, weil bei ihnen derselbe Grund vorwaltet, welcher es erheischt, daß an die Stelle Eines verlorenen Zeugen, mehrere gesetzt werden können.

Eine andere, nur von Gönner 3), nicht aber von den übrigen mir zugänglich gewesenen Proceßrechtslehrern berührte Rechtsfrage ist es: ob der Beweisführer das Recht habe, den verlorenen Beweismitteln einer besondern Gattung, Beweismittel anderer Gattung zu substituiren,

---

Gerichtsordnung vom Jahre 1713. übergegangen; denn es heißt in derselben P. II. tit. 8. sect. II. §. 15. „Stürben aber vor oder unter währendem Examine ein oder mehr Zeugen, soll derselbe (der Producent) anstatt der verstorbenen Zeugen, andere anzugeben, wohl befugt seyn, zumal, wenn aus den Artikeln und dem Directorio soviel zu ersehen, daß der Beweisführer seine Intention durch die übrigen noch lebenden Zeugen nicht erhärten möchte.“.

2) *Hommel* Rhapsod. Obs. 512. *Wernsdorf* D. de novis testibus super novis etiam articulis probationalibus examinandis. Viteb. 1791. 4.

3) a. a. O. S. 513.

namentlich in die Stelle verlohrener Zeugen, Urkunden, oder in die Stelle verlohrener Urkunden, Zeugen vorzuschlagen?

Gönner bejaht diese Frage, und bemerkt in dieser Hinsicht Folgendes: »Mir scheint, daß hier noch eine Stufe höher geschritten werden müsse. Der Grund, den Beweisführer gegen einen unverschuldeten Schaden in Schutz zu nehmen, wirkt mit nothwendiger Allgemeinheit dahin, daß, weil sein im Verlauf des Beweistermins enthaltener Verzicht auf den Zufall sich nicht erstreckt, der Beweisführer bei der als Surrogat erlaubten Ergänzung seiner Beweisantretung auch an eine bestimmte Art von Beweismitteln nicht gebunden sey, und an die Stelle verlohrener Urkunden, Zeugen, oder an die Stelle eines verlohrenen Zeugen, Urkunden substituiren dürfe, eben so gut, als er befugt ist, einem verlohrenen Zeugen mehrere neue Zeugen und neue Artikel zu substituiren, oder jedes beliebige Beweismittel zu wählen, wenn die Eidesdelation durch den frühern Tod des Acceptanten vereitelt wurde.« Auch hat derselbe kein Bedenken getragen, dem von ihm verfaßten Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren [4]) folgende Bestimmungen einzuschalten: »Zu dem angetretenen Beweise kann der Beweis- oder Gegenbeweisführer keine Zusätze oder Nachträge machen, ausgenommen, — — — wenn ihm ein bei der Antretung vorgebrachtes Beweismittel zufällig verlohren geht, welchenfalls derselbe andere Beweismittel, ohne Rücksicht auf die Art und Zahl der verlohrenen, und, nach Umständen, auch neue Artikel, jedoch nur soweit der bisherige Streit dadurch nicht wesentlich verändert wird, beibringen, aber auch der Gegentheil nicht nur darüber seine Einreden und die Fragstücke zu den Artikeln, sondern auch, wenn Veränderungen am Beweise vorgehen, neue Gegenbeweise vorbringen darf.«

In der That stimmt aber seine Ansicht mit den allgemeinen rechtlichen Grundsätzen über den Beweis und mit der

4) Buch II. Cap. III. §. 8. (Th. 1. S. 155.)

natürlichen Billigkeit so vollkommen überein, daß gegen deren Richtigkeit und Zulässigkeit kein gegründeter Zweifel obwalten mag.

Soll die Zulässigkeit eines Beweismittels beurtheilt werden, so ist leitender, und von allen Proceßrechtslehrern sowohl, als auch von den Proceßgesetzgebungen anerkannter Grundsatz, daß die Beweisführung, in so fern dadurch nicht erworbene Rechte des Gegners gekränkt werden können, möglichst zu erleichtern, und nie zu erschweren sey. Schon das Brocardicum über den Favor probationis hat solchen seit dem grauesten Alterthume ausgesprochen. Ein zufälliger Verlust eines Beweismittels — denn nur von diesem zufälligen Verluste kann bei der aufgeworfenen Frage die Rede seyn — erwirbt aber nie Rechte für den Gegner, wohl aber setzt er, möglicher, ja wahrscheinlicher Weise, den Beweisführer in großen Nachtheil, da es sich denken läßt, daß das von ihm verfolgte oder vertheidigte Recht gerade an das Beweismittel vorzugsweise geknüpft ist, welches ihm, ohne seine Schuld, verloren ging. Er verdient daher alle mögliche Hülfe und Erleichterung in seinem Bestreben, diesen Verlust durch die Herbeischaffung anderer Beweismittel zu ersetzen, und jede Beschränkung der Befugniß hiezu erscheint um so unbilliger, als es wahrhaft ungerecht seyn würde, daß durch eine solche Beschränkung der Gegner in den Stand gesetzt werden würde, aus jenem unverschuldeten Verluste Vortheil zu ziehen, und sich durch den Schaden des Beweisführers zu bereichern. Folgt nun aus diesem Grundsatze, daß der Richter verpflichtet ist, in einem solchen Falle es dem Beweisführer zu gestatten, in die Stelle verlohrener Beweismittel einer Gattung, Beweismittel nicht allein derselben, sondern auch verschiedener Gattung zu setzen, und sich derselben als Surrogat der verlohrenen zu bedienen; so ist auf der andern Seite der Richter hiezu auch um so mehr berechtigt, als gleichfalls nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Beweis nicht sowohl dem Geg-

ner, als vielmehr dem Richter geführt wird (Probatio fit judici), und er daher den Beweisführer durch geeignete Auflagen anhalten kann, dasjenige noch beizubringen, welches ihm zweckmäßig und nothwendig erscheint.

Verwandt mit der aufgeworfenen Frage ist nun noch diejenige: ob es in diesem Falle dem Beweisführer verstattet werden könne, in die Stelle der verlohrenen Beweismittel andere Beweismittel verschiedener Gattung zu cumuliren? Z. B. statt des verlohrenen Zeugen, Urkunden und Zeugen, statt der verlohrenen Urkunde, Zeugen und Urkunden u. s. w. vorzubringen.

Auch diese Frage wird nach den eben aufgestellten Grundsätzen nur bejaht werden können, da dieselben auf diesen Fall gleichfalls zutreffend sind; denn wenn es gleich Regel ist, daß der Beweisführer den Beweis nur mit den Beweismitteln führen darf, mit welchen er ihn angetreten hat, und daß er solchen nicht verändern kann; so findet diese Regel für den obenausgedrückten Fall nicht statt, indem durch die Cumulation nicht der angetretene Beweis wirklich verändert, sondern nur ein Surrogat für ein verlohrenes Beweismittel des angetretenen Beweises hervorgebracht werden soll. Gönner's oben angeführter Grund, daß der Verzicht, welcher in der Antretung des Beweises durch das gewählte Beweismittel liegt, und daher die Production anderer, als der einmal gewählten, ausschließt, auf den unvorhergesehenen Zufall des Verlusts eines der gewählten Beweismittel sich nicht erstrecken könne, findet auch hier seine volle Anwendung.

Als Beleg der Praxis möge hier noch bemerkt werden, daß das Oberappellationsgericht zu Celle, in einem dort ventilirten Falle [5], den Producenten, welcher einem verstorbenen Zeugen, einen neuen Zeugen- und Urkundenbeweis substituiren wollte, mit seinen hierauf gerichteten Anträgen, gestützt auf obige Grundsätze, zuließ.

5) In causa Cünzel contra Graf *Wallmoden*, d. d. 3. Mai 1824.